ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

Criminalization by measure

Dr. Omar Arhim Jadou
College of Law, Al-Muthanna University, Al-Muthanna, Iraq
mmr68@gmail.com

Article info.

Article history:
- Received 4 Dec 2022
- Accepted 31 Jan 2023
- Available online 1 Mar 2023

Keywords:
- incriminate.
- Criminalization by analogy
- Criminal law.
- Interpretation of texts.
- Text ambiguity

Abstract: The process of interpreting penal texts in the criminal law differs from what it is in the rest of the other laws, as the criminal text is subject to an important constitutional and legal rule, which is (the legality of the criminal text). The use of analogy, as it is forbidden to use it in interpreting the penal text, in contrast to the texts that permit the act or prevent criminal liability. It is possible to use analogy, but in certain cases as well, and the prohibition came here because of the seriousness of this subject that leads to restricting the general freedoms of individuals and to making the judge create crimes and penalties that are Exclusively within the competence of the legislative authority, here the importance of studying criminalization by analogy and what is its scope in criminal law emerges

© 2023 TUJR, College of Right, Tikrit University

التجريم بالقياس

م.د. عمر ارحيم جدوع
كلية القانون، جامعة المثنى، المثنى، العراق
mmr68@gmail.com

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٤ / كانون الاول / ٢٠٢٢
- القبول : ٣١ / كانون الثاني / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١/ آذار /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- **تجريم.**
- **تجريم بالقياس**
- **قانون جنائي.**
- **تفسير النصوص.**
- **غموض النص**

الخلاصة: تختلف عملية تفسير النصوص الجزائية في القانون الجنائي عما هو عليه في بقية القوانين الأخرى إذ يخضع النص الجنائي لقاعدة دستورية وقانونية مهمة هي (قانونية النص الجنائي) بالتالي أن استعمال وسائل التفسير في حالة غموض النص الذي يجرم ويعاقب على الافعال يكون في اضيق الحدود ومن هذه الوسائل استخدام القياس اذ يحرم استعمال في تفسير النص الجزائي على عكس النصوص التي تبيح الفعل او تمنع المسؤولية الجزائية فبالإمكان استعمال القياس ولكن في حالات معينة ايضاً، والتحريم جاء هنا لما لهذا الموضوع من خطورة تؤدي إلى تقييد الحريات العامة للأفراد والى جعل القاضي يخلق جرائم وعقوبات التي هي حصراً من اختصاص السلطة التشريعية فهنا تبرز اهمية دراسة التجريم بالقياس وما هو مجاله في القانون الجنائي.

© ٢٠٢٣, كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

اولاً: فكرة الموضوع والتعريف به

تعتمد القوانين العقابية على مبدأ مهم واساسي وهو مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات اذ اصبح هذا المبدأ ليس مبدأً جزائياً فقط وانما اصبح من المبادئ الدستورية التي نصت عليها اغلب الدساتير ان لم تكن جميعها ففي العراق وفي ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصت المادة (١٩) منه على (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ولا عقوبة الا على الفعل الذي يعده القانون وقت أقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت أرتكاب الجريمة)، كذلك نصت المادة الاولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على أنه (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت أقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون).

وبالتالي ان من اهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ, هو عدم استخدام القياس في تفسير النصوص الجزائية او في حالة وجود فعل يشابه لفعل مجرم من قبل القانون لان ذلك يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات، وعليه فإن هذا البحث يدرس مدى امكانية التجريم بأستعمال القياس من عدمه.

وأن بحث هذا الموضوع يحتاج إلى دراسة مستفيضة مطولة، الا ان الباحث من خلال هذا البحث سيتطرق للتجريم بالقياس في القانون الجنائي دون الخوض في التفاصيل الدقيقة التي تتعلق بهذا الموضوع.

ثانياً: إشكالية البحث.

تنبع إشكالية البحث من خلال دراسة التساؤل حول امكانية استعمال القياس في تفسير النصوص الجزائية وايجاد جرائم لم ينص عليها التشريع من عدمه.

ثالثاً: منهجية البحث.

لغرض دراسة هذا الموضوع بشكل مستفيض إختار الباحث المنهج الوصفي للإحكام القانونية الواردة في القوانين الجزائية، ولا سيما العقابية منها، وللآراء والإتجاهات الفقهية المطروحة في هذا الموضوع، وموقف القضاء الجزائي ، سواء في العراق أو غيره من الدول. وكذلك المنهج التحليلي للنصوص القانونية، وما يرد فيها من صياغات وعبارات وألفاظ، وللآراء الفقهية المطروحة وما تستند إليه من أسانيد وأدلة ومبررات، والقرارات القضائية للوقوف على موقف القضاء الجزائي، ولا سيما العراقي.

رابعاً : خطة البحث.

لغرض دراسة هذا الموضوع سوف نقوم بتقسيمه على مطلبين، يتناول المطلب الأول التعريف بموضوع قصد القياس لغة واصطلاحا، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة استعمال القياس في التجريم، وكما يأتي

المطلب الأول: تعريف القياس

المطلب الثاني: التجريم بالقياس

المطلب الأول

تعريف القياس

لغرض دراسة هذا المطلب لابد من تقسيمه على فرعين، يتناول الفرع الأول تعريف القياس لغةً، أما الفرع الثاني فسوف نخصصه لتعريف **القياس** إصطلاحاً ، وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف القياس لغةً.

الفرع الثاني: تعريف القياس اصطلاحاً.

الفرع الأول / تعريف القياس لغةً.

القياس يُعرف لغة قيس : قاس الشيء يقيسهُ قَيساً وقِياساً واِقتاسهُ وقَيسه اذا قدره على مثاله ، والمقياس المقدار والمقياس ما قيس به[١] .

الفرع الثاني / التعريف الاصطلاحي للقياس

لغرض دراسة التعريف الاصطلاحي للقياس لابد من معرفة موقف التشريع والفقه والقضاء من هذا الموضوع وكما يلي:

أولاً : موقف التشريع.

لم تعرف أغلب التشريعات **القياس**، اذ لم ينص في قوانين العقوبات على القياس، ففي العراق نجد ان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١ المعدل قد نص على القياس في مادته (٣) بقولها (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) يلاحظ من المادة المذكورة أن موقف المشرع العراقي من القياس كان غامض، إذ انه لم يترك امره للفقه ويسكت حيال القياس، حيث سكت عن الاصل وصاغ قاعدة سلبية، ولو اراد اعتبار القياس احد المصادر يمكن الرجوع اليها لنص عليها في المادة الاولى من القانون المدني التي خصصها لتعداد المصادر إذ نصت (....٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة....) [٢].

أما القانون المدني المصري فلا يوجد ما يشابه المادة اعلاه

بينما نجد بعض القوانين المدنية الغربية نصت صراحة في قوانينها على القياس مثال ذلك الفقرة السابعة من المادة الاولى من القانون المدني النمساوي الصادر في عام ١٨١١ والتي نصت على أنه (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص أو للمفهوم الطبيعي للتشريع، وجب حينئذ الرجوع إلى الحالات المشابهة التي أورد القانون بشأنها حكماً واضحاً)، وكذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون المدني الايطالي الصادر بتأريخ ١٩٤٢ بقولها (اذا لم يجد القاضي حكماً دقيقاً في القانون للمسألة المتنازع عليها فعليه أن يحكم فيها بما نص عليها في نظائرها، فإذا خفي القياس فعليه ان يقضي بمقتضى المبادئ القانونية العامة) [٣].

---

[١]لسان العرب لابن منظور، المجلد الخامس، باب القاف، ج٤٨، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٦٣٧٠.

[٢]د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢،ص٣٣٥.

[٣]د. محمد شريف أحمد، المصدر السابق، ص٣٣٤.

ولكي لا نخرج من نطاق البحث، ولكون الأمور أعلاه تحتاج إلى عدة بحوث لغرض الإحاطة بها نكتفي بهذا الإيجاز.

ثانياً: موقف الفقه.

عرف جانب من الفقهاء القياس بأنه (ايجاد حل لواقعة لم يرد بشأنها نص استنتاجاً من القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم واقعة معينة يقوم بينها وبين الواقعة موضوعة البحث بعض التماثل فيقرر للواقعة الاولى عقوبة الواقعة الثانية)[١].

وعرفه البعض الآخر بأنه(قيام القاضي الجنائي بقياس واقعة لم يرد نص بتجريمها على واقعة اخرى مجرمة لوجود تشابه (تناضر) بين الواقعتين)[٢].

وعرفه آخرون بأنه (تطبيق نص وضع لتجريم عمل معين على عمل آخر قريب منه أو يشبهه ولكن لا عقاب عليه بنص صريح، وذلك قياساً لهذه الحالة الأخيرة على الحالة الأولى)[٣].

ثالثاً: موقف القضاء.

لم يعثر الباحث على تعريف للقياس في القضاء، بل أن كثيراً من القرارات أشارت إلى موضوع القياس، منها قرار محكمة التمييز العراقية المرقم (٢٨٦//١٩٧٠) المؤرخ في (١ /٨/ ١٩٧٠) والذي جاء فيه ... وجد ان المادة الرابعة من قانون تنمية وتنظيم الاستثمار الصناعي رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٣ تنص على أنه (لا يجوز تأسيس مشروع أو احداث تغيير في سعته أو غرضه الصناعي أو موقعه من مدينة إلى أخرى أو دمجه مع وحدة صناعية أخرى الا بقرار من اللجنة ومصادقة الوزير وضمن أطار الخطة وحيث أن عملية الشراء التي نسبت إلى المتهمين ليست من الحالات المنصوص عليها حصراً في المادة المذكورة، وحيث أنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجزائية لذلك تصبح كافة القرارات الصادرة في القضية غير صحيحة ومخالفة لأحكام القانون فقرر نقضها والافراج عن المتهمين...)[٤].

---

[١]د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٥٣.

[٢]د. مهدي عبد الرؤوف ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، ١٩٨٣،ص٩٤.

[٣]د. علي راشد، القانون الجنائي، دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٧٤، ص١٥٠.

[٤]د. فخري الحديثي، المصدر السابق، ص٥٤.

كذلك القرار الصادر من محكمة النقض المصرية جاء فيه (...من المقرر أنه لا عقوبة الا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له، مما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعدم الأخذ فيه بطريق القياس ...)[١].

حسنا فعل المشرع الجزائي في عدم النص في القانون على تعريف القياس، وذلك لصعوبة وضع تعريف جامع مانع لهذا الموضوع، إذ أن المشرع ليس من مهامه تعريف الجزئيات وكذلك ليس بإمكانه أن يحيط بجميع الحالات التي تطرأ في المستقبل وتعرض أمام القاضي، الا ان الاشارة إلى القياس في القانون العراقي جاء في القانون المدني وأن الاشارة اليه جاءت بشكل غير واضح وركيك وكان الاولى بالمشرع ان ينص على القياس كأحد مصادر القانون المدني حاله حال بقية المصادر المنصوص عليها في المادة الاولى من القانون المدني العراقي

كما لاحظ الباحث أن اغلب الفقهاء قد عرفوا هذا الموضوع في مؤلفاتهم المختلفة، ولم يتم العثور في الاحكام القضائية لتعريف القياس.

المطلب الثاني

التجريم بالقياس

لغرض دراسة هذا المطلب سيتم تقسيمه إلى فرعين يتناول الفرع الاول التجريم بالقياس في الماضي، اما الفرع الثاني فسيتناول التجريم بالقياس في الحاضر و كما يأتي:

الفرع الأول / التجريم بالقياس في الماضي

اخذت الحقوق الرومانية القديمة بالقياس وقبلته في تشريعاتها ، وكذلك كان الحال في حقوق القرون الوسطى ، والسبب في ذلك يعود إلى ان المبدأ السائد حينذاك يخول القاضي خلق القانون ومعاقبة الافعال الضارة، ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون كاولينا الالماني والقانون الفرنسي قبل ثورة١٧٨٩[٢].

وقد اخذت الدول ذات الانظمة الدكتاتورية قديماً بالقياس اذ يلاحظ انها خولت القضاة استخدام التجريم بالعقاب، والسبب هو لغرض تحقيق هذه الانظمة المزيد من الحماية لنظامها الاجتماعي والسياسي مثال

---

[١]مجموعة أحكام النقض المصرية س(٣٠) رقم ١٨٧ لسنة ١٩٧٩، ص٨٧٣.

[٢]د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، دار النشر جامعة الكويت،الكويت، ١٩٨٣، ص٤٦٥.

ذلك في اسبانيا خلال نظام (فرانكو) اذ اصدر هذا الجنرال قانوناً يعاقب مرتكبي الجرائم الماسة بأمن الدولة من الداخل ومن الخارج [١].

كذلك اخذ الاتحاد السوفيتي السابق طيلة الفترة الممتدة للثورة البلشفية حتى سنة ١٩٥٨، اذ كانت القواعد الاساسية للجمهورية الاتحادية لروسيا السوفيتية، التي اصدرها قوميسار الشعب للعدل بتأريخ ١٩١٩/٢/١٢ مصدراً لأول قانون عقوبات سوفيتي صدر بتأريخ ١٩٢٢/٦/١، وقد نصت المادة العاشرة منه على (إذا كان الفعل غير المنصوص عليه صراحة في هذا القانون مكوناً خطر اجتماعي، فأن اساس حدود مسؤولية فاعل هذا الفعل يتم تحديده وفقاً لمواد هذا القانون التي تنص على الجرائم الاكثر شبهاً بالفعل المذكور)، وكذلك وبعد صدور قانون العقوبات السوفيتي لسنة ١٩٢٦ الذي صدر بديل للقانون السابق لسنة ١٩٢٢ جاءت المادة السادسة عشر بنفس الصيغة التي أخذت بالتجريم بالقياس[٢].

وبعد ذلك عدل الاتحاد السوفيتي عن الاخذ بهذا القياس وذلك بصدور قانون اصول التشريع الجنائي السوفيتي بتأريخ ١٩٥٨/١١/٢٥ الذي الغى المادة اعلاه ، اذ نصت المادة الثالثة منه بالاخذ بمبدأ نصية الجرائم والعقوبات، فجاء في نص المادة الثالثة اعلاه ما يلي (لا يعد الشخص مرتكباً الجريمة، الا اذا قام عمداً او اهمالاً بإرتكاب أي من الافعال الاجتماعية الخطرة التي تحددها القوانين الجنائية)[٣].

وفي المانيا ففي ظل قانون العقوبات الالماني الصادر سنة ١٨٧٠ كان هذا القانون يعتمد على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وعند استلام الحزب الحكم النازي الحكم في المانيا عدل المادة الثانية من قانون العقوبات الالماني اعلاه بتأريخ ١٩٣٥/٦/٢٨ والتي نصت على (يعاقب كل من ارتكب فعلاً ينص القانون على عقابه، وكذلك كل من استحق العقاب وفقاً للفكرة الاساسية لنص عقابي ووفقاً للشعور الشعبي السليم، فإذا لم يطبق أي نص على هذا الفعل بصورة مباشرة فأن عقاب هذا الفعل يكون وفقاً للفكرة الاساسية للنص العقابي الذي يكون أكثر انطباقاً عليه)، من ملاحظة هذا النص نجده يمنح القاضي سلطة واسعة تجيز له توقيع العقوبات وتجريم الافعال بإستعمال القياس[٤].

---

[١] د. عبد الوهاب حومد، المصدر السابق، ص٤٧٣.

[٢] د. صالح محسوب، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة، شركة التجارة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣، ص١١٣.

[٣] أصول التشريع الجنائي للاتحاد السوفيتي، ترجمة هنري رياض وآخرون، الخرطوم، ١٩٦٨، ص١٠.

[٤] د. صالح محسوب، المصدر السابق، ص١٢٣.

وعلى عكس ذلك بقي النظام الفاشي في ايطاليا يعتمد على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وذلك في قانون العقوبات الايطالي لسنة ١٩٣٠ اذ لم يأخذ بالقياس في مسألة التجريم[١].

كذلك اخذت بعض الدول ذات الانظمة الديمقراطية بالتجريم بالقياس، اذ منحت هذه الدول في تشريعاتها للقضاة سلطة التجريم بالقياس متصورين ان ذلك يحقق العدالة بشكل أفضل، مثال ذلك ما نصت عليه المادة الاولى من قانون العقوبات الدنماركي الصادر سنة ١٩٣٠ اذ جاء فيها على أنه (لا يمكن فرض عقوبة على أحد، الا اذا كان القانون ينص على معاقبة الفعل الذي ارتكبه أو الافعال التي تماثل الفعل تماثلاً مطلقاً) [٢].

وكانت حجج الفقهاء الدنماركيين حول دفاعهم عن التشريع وسبب أخذه بالقياس إلى القول (أن هذا المبدأ لم يساء استعماله وانه قائم منذ صدور القانون سنة ١٨٦٦، إذ لا خطورة في السماح بالقياس لمعالجة الحالات التي يكون المشرع قد سهى عنها، بل احسن من ان تكون نصوص القانون فضفاضة، وهو امر ادعى إلى الحدوث، اذا كان القياس ممنوعاً) ومثال ما اخذت به المحاكم الدنماركية بالقياس ما تم تطبيقه بخصوص المادة (١/٢٦٣) من قانون العقوبات الدنماركي، والتي تنص على جريمة انتهاك سرية المراسلات، وحتى سرقة السمع تلفونياً[٣]

كذلك أخذ القضاء في كل من السويد والنرويج بالقياس في احكامهم، بالرغم من انه لم ينص قانون العقوبات في كلا الدولتين بالاخذ بالقياس في التجريم[٤].

الفرع الثاني / التجريم بالقياس في الحاضر

ادى ظهور قاعدتين رئيسيتين في القانون الجنائي إلى امتناع اغلب الدول في الوقت الحاضر إلى الاخذ بالتجريم بالقياس، وهذه القاعدتين هما قانونية الجرائم والعقوبات (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون) وقاعدة (الشك يفسر لمصلحة المتهم) ، ولا بد هنا من التطرق لهاتين القاعدتين بشكل مختصر وبما يفيد البحث وكما يلي:

---

[١]د. عبد الوهاب حومد، المصدر السابق، ص٤٧١.

[٢]د. عبد الوهاب حومد، المصدر السابق، ص٤٧٢.

[٣]د. اكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية (دراسة مقارنة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦،ص٦٨.

[٤]المصدر السابق نفسه، ص٦٨.

اولاً: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي:

لهذا المبدأ اهمية خاصة ، إذ ان هذا الموضوع يتضمن تقييد لحريات الافراد بما يبينه من الجرائم التي يجب الاحجام عن ارتكابها بغية تجنب العقاب وكذلك يشمل ذلك العديد من المحاكمات الجزائية وإجراءات التحقيق، وإذاً فإن هذه القاعدة تعني ان يعلم كل فرد ما هو محظور عليه فيتجنبه والا يعد مرتكب لجريمة منصوص عليها في القوانين الجنائية، وحتى يعرف الفرد حدود حريته في التصرف والعمل، وبعبارة أدق يعني مبدأ الشرعية ضرورة الإنذار قبل العقاب[١].

وكان من نتائج هذا المبدأ ما يلي:

١- التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات.

٢- لا يجوز للقاضي الجنائي استعمال القياس في حالة انعدام النص والحاجة اليه.

٣- لا يجوز اكمال أي نقص في النصوص

٤- عدم التوسع في تفسير النصوص القائمة من قبل القاضي الجنائي.

يلاحظ ان من اهم النتائج التي تترتب على مبدأ الشرعية في القانون الجنائي هو تحريم استعمال القياس بشكل كامل في تفسير النصوص الجزائية لان ذلك يؤدي إلى خلق الجرائم والعقوبات وبالتالي يؤدي إلى تقييد الحريات للافراد من خلال عدم معرفة ما يحرم عليهم فيتجنبوه وما يحل عليهم فيمكنهم القيام به.

ثانياً: قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم:

تذهب هذه القاعدة إلى القول أن الاصل في الافعال الاباحة، فإذا كان النص يحتمل أكثر من تأويل يؤخذ بالتأويل الذي يصب في مصلحة المتهم، فحينما يتعذر تحديد قصد الشارع نتيجة بلوغ النص مستوى عالي من الغموض فهذا ما يسمى الشك والذي بموجبه يتعين على القاضي أن يتوقف عن أي اجتهاد، وبالتالي يحكم بالبراءة، ويذهب البعض إلى القول بخصوص قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم أن مجالها الحقيقي هو مجال الاثبات ، حينما تكون ادلة البراءة وادلة الادانة متعادلة، الامر الذي يقتضي بموجبه ترجيح كفة ادلة البراءة، لان الاصل في الانسان البراءة وأن ادلة الادانة تبنى على اليقين، وبالتالي يتعين الابقاء على هذه القرينة في حالة تعذر القطع بما ينفيها[٢].

---

[١] د. علي راشد، المصدر السابق، ص١٤٩.

[٢] د. فخري الحديثي، المصدر السابق،ص٥٥.

وبالتالي فأنه في حالة عدم وجود نص يجرم الفعل المرتكب من قبل المتهم وبناءاً على هذه القاعدة يحرم استعمال القياس على اعتبار ان الشك في هذه الحالة يجب ان يفسر لمصلحة المتهم لان الاصل في الانسان البراءة.

كل ما تم ذكره اعلاه هو فيما يتعلق بحضر استعمال القياس في مواضع التجريم، ولكن في مواضع النصوص التي تعد في مصلحة المتهم مثل التي تلغي الجريمة او تعد مانع من موانع المسؤولية الجزائية او سبباً من أسباب الإباحة أو عذراً قانونياً مخففاً أو معفياً من العقوبة فبالإمكان في مسألة تفسيرها استعمال القياس ، إذ أن القاضي يأخذ بالقياس حينما تكون نهاية النتيجة في مصلحة المتهم وتتطابق مع قصد المشرع[١].

وبالرغم من ذلك نجد بعض النصوص التجريمية في العراق أخذت بالقياس ولكن بشكل محدود وضيق جداً مثال ذلك ما أشارت اليه المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ عندما عرف الشارع السرقة إذ نصت على (إختلاس مال منقول لغير الجاني عمداً ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالارض أو مغروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى....) ويلاحظ على هذا النص هو تعريف المشرع لمحل جريمة السرقة وحدده بالمال المنقول ثم اردفها بقوله يعتبر محلاً للسرقة النباتات وثمارها وكل ما هو متصل بالارض ممكن فصله عنها واثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية وكل مصدر طاقة أي يمكن سرقة الطاقة الشمسية المخزونة، وكذلك استخدم المشرع لفقرة (... او قوة محرزة أخرى) ويعني يمكن بالقياس اضافة حالات تفرزها التطورات والتقنيات العلمية الحديثة في مصادر الطاقة ومجالاتها.

بينما نجد قسم من القرارات الصادرة من بعض المحاكم الجزائية في العراق اتجهت نحو استعمال القياس في التجريم منها قرار رئاسة محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية العدد / ٤٤٥ / ٤٥٦ / ت/ جزائية / ٢٠١٢ التأريخ / ٣٠ / ١٠ / ٢٠١٢والذي جاء فيه (...لدى التدقيق و المداولة وجد بأن الطعنين التمييزيين مقدمين ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً و التي تركزت خلاصته على أن فعل المتهم المدان و المتمثل بقيامه بأستراق النظر الى زوجة و ابنة المشتكي عن طريق الحائط الفاصل بين داريهما كونهما جارين ينطبق و أحكام المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات لأن نظره لهن قد أخل

---

[١]د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٩، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٢٠، ص١٠٧.

بحيائهن و من خلال نص المادة أعلاه و التي جاء فيها (من أرتكب مع شخص ذكر أو أنثى فعلاً مخلاً بالحياة بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة و بغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ٩- فأنه لا ينطبق على وقائع الدعوى . أو بالأدق فإن فعل المتهم أقرب إليه بالأنطباق نص المادة (٤٢٨ / ١) من قانون العقوبات و ليس نص المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات لأن قيام شخص ما بالنظر بعينيه الى محارم و عورات نساء جاره يكون قد أنتهك حرمه مسكنه بكل أبعاده و حرمة المساكن من الحقوق الدستورية العتيدة . فقد نص الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ على حرمة المسكن في المادة السابعة عشر / ثانياً و التي جاء فيها (حرمة المساكن مصونة و لا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي و وفقاً للقانون) . كما أن المادة (٤٢٨) بفقراتها من قانون العقوبات العراقي قد عاقبت بالحبس مدة لا تزيد عن سنة كل من دخل محلاً مسكوناً أو أحد ملحقاته بدون رضى صاحبه و مقتضى فلسفة حرمة المساكن تقوم على جملة من الأهداف يسعى النص الدستوري و النص العقابي لتحقيقها و في مقدمتها حماية حق الأنسان بالعيش بأمان في مسكنه و في سلامة جسده و شرفه و عرضه و أسرار حياته الشخصية مع عائلته و هذه الغايات الرئيسية التي قررت لمصلحة الشخص ناتجة عن مبدأ حرمة المساكن . و أي شخص يحاول أن ينتهك هذه الحرمة ينال جزاءه العادل في العقوبة المقررة في المادة (٤٢٨ / ١) من قانون العقوبات كما أن إشتراطه ركن الدخول في دار السكن أو أحد ملحقاته وفقاً لما يقتضيه نص المادة المذكورة سلفاً متحقق في هذه القضية . لأن الدخول الذي قصده المشرع أما دخول حقيقي أو دخول حكمي لدار السكن فأما الدخول الحقيقي فيتحقق بدخول الشخص بكامل كيانه الجسدي و بقدميه الى دار السكن أو أحد ملحقاته العائدة للغير بدون إذنه . و أما الدخول الحكمي فيتحقق بقيام الشخص بسوء نية بالإطلاع على الحياة الشخصية لأصحاب المسكن و بالنظر إليهم بريبة الى عوراتهم ضارباً بهذا الفعل الشنيع عرض الحائط حقوق الجار . فوطئ حرمة المسكن بالعين نتيجة النظر إليها بوقاحة و سوء أخلاق لا تختلف مطلقاً عن وطئها بالقدم و دخولها بدون إذن صاحبها ما دامت الغاية المرجوة منها واحدة في كلا الحالتين ألا و هي انتهاك حرمة مسكن الآخرين و السعي بتصميم الى تحقيق ذلك زد على ذلك فإن الجدار الفاصل و الذي يعتبر من ملحقات دار السكن ما بين داري المشتكي و المتهم و قيام الأخير بالنظر من خلاله و تسلقه يعتبر الركن المادي المتمثل بالدخول متحقق وفقاً للمعيار المادي في جريمة انتهاك حرمة السكن و تأسيساً على ما تقدم يكون اتجاه محكمة جنح الحلة بإدانة المتهم وفقاً لأحكام المادة (٤٢٨ / ١) من قانون العقوبات قد جاء تطبيقاً سليماً لروح القانون لذا قررت المحكمة تصديق

كافة القرارات المميزة و رد اللائحتين التمييزية و صدر القرار بالاتفاق وفق القرار ١٠٤ لسنة ١٩٨٨ في ١٤ / ذي الحجة / ١٤٣٣ هـ الموافق ٣٠ / تشرين الأول / ٢٠١٢ م)[١]

يتضح من القرار اعلاه ان المحكمة قد اخذت بالقياس عندما اعتبرت حكم النظر بالعين المجردة هو مساوٍ للدخول الجسدي الذي أشترطته المادة (٤٢٨) من قانون العقوبات العراقي، حيث ان هذه المادة لم تشير لا من بعيد ولا من قريب إلى أن من حالات انتهاك حرمة المسكن النظر بالعين المجردة إلى هذا المسكن.

وكذلك القرار الصادر من محكمة استئناف المثنى الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ٥٧/ت ج/٢٠١٩ والمؤرخ في ٢٠١٩/٣/٣١ والذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون لأن محكمة الجنح ومن قبلها محكمة التحقيق قد أخطأتا في التكييف القانوني السليم لفعل المتهم ذلك أن المتهم المذكور قد أعترف صراحة في كافة أدوار التحقيق والمحاكمة بأنشاء صفحة وهمية على مواقع التواصل الأجتماعي (الفايبر) بأسم المشتكي ووضع صورة المشتكي الشخصية على تلك الصفحة وأستخدمها للإساءة إلى الآخرين نكاية بشقيق المشتكي لوجود خلافات معه وبذلك أنتحل أسم المشتكي وبياناته وهذا الفعل يشكل صورة من صور التزوير وبما أن المادة (٢٨٦) من قانون العقوبات قد عرفت التزوير بأنه تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو بأي محرر آخر بإحدى الطرق المادية أو المعنوية التي بينها القانون، تغييراً من شأنه إحداث ضرراً بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص وبذلك تكون كلمة (أي محرر آخر) الواردة في النص أعلاه **يمكن أن تدخل تحت مفهومها** المحررات غير الورقية كالمحررات الالكترونية ومنها صفحات التواصل الاجتماعي التي لا يمكن فتحها أو استخدامها إلا بالإجابة عن بعض البيانات وما يعزز هذا الاتجاه ويسنده ما ورد في المادة (١/عاشراً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ وقد عرفت المستندات الالكترونية بأنها المحررات والوثائق التي تنشأ أو تبرمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات وعلى هذا الأساس لابد من مواكبة التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الانترنيت بما ينسجم والتطورات القانونية في الحوادث

---

[١] د.هاشم محمد احمد وآخرون،دور العرف والقياس في التكييف القانوني للوقائع الإجرامية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق جامعة تكريت، تكريت ، السنة(٣) المجلد(٢) العدد(٢) الجزء (١)، ٢٠١٨،ص١٣٨.

الالكترونية وتطويع النظام القانوني التقليدي بما يتلائم مع تلك الحوادث وحيث أن المتهم لم يقم بتحريف الصفحة الشخصية الحقيقية للمشتكي وإنما اصطنع صفحة جديدة له غير حقيقية ونسبها للمشتكي بقصد الاضرار به وبذلك يكون فعله ينطبق واحكام المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات وبما أن المتهم ايضاً قد استخدم ذلك التطبيق فقد ارتكب فعلاً آخر وهو الاستعمال وفق أحكام المادة (٢٩٨ وبدلالة المادة ٢٩٢) من ذات القانون باعتبارها جرائم ناتجة عن أفعال مرتبطة ببعضها يجمع بينهما غرض واحد وفق احكام المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، عليه ولكل ما تقدم تقرر نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى والتدخل تمييزاً بقرار الإحالة المرقم (٤٥/احالة/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١/٢٤ ونقضه واعادة الدعوى إلى محكمة تحقيق الخضر لإتباع ما تقدم استناداً إلى احكام المواد (٢٥٩/أ/٧ و٢٦٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وبدلالة القرار ١٠٤ لسنة ١٩٨٨، وإشعار محكمة جنح الخضر بذلك، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٩/٣/٣١)[١].

يتضح من القرار اعلاه ان المحكمة قد اخذت بالقياس والتوسع في تفسير النص الجزائي عندما اعتبرت حكم صفحة التواصل الاجتماعي (الفايبر) هو مساوٍ للسند أو الوثيقة او للمحرر الذي أشترطته المادة (٢٨٦) من قانون العقوبات العراقي، حيث ان هذه المادة لم تشير لا من بعيد ولا من قريب إلى أن من حالات التزوير التغيير في صفحة الفايبر في مواقع التواصل الاجتماعي الالكترونية.

مما تقدم واتجاه بعض المحاكم إلى استعمال القياس في أحكامها كما ورد في القرارين اعلاه يرى الباحث أنه كان الاولى صدور تشريع جنائي أو على الاقل إضافة نص إلى المواد أعلاه يعالج المسائل التي أغفل القانون عن النص عليها نتيجة التطورات الحاصلة أو اغفال النص سهواً عن بعض الافعال التي تعتبر جرائم وليس ترك الموضوع إلى اجتهادات المحاكم للحيلولة دون خلق جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون استناداً لقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات مع تأييدنا السماح للمحاكم بالأخذ بالقياس وأحكامه في تجريم بعض الافعال في الحالات المستجدة والمتطورة في ارتكاب الجرائم طالما كانت المصلحة ذاتها والعلة مشتركة في العقاب ولكن في حالة أن يجوز المشرع ذلك ويسمح باستخدام القياس مثلما فعل في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي .

والدليل على ذلك ما أتجه اليه الشارع في مصر إذ يذكر الدكتور علي راشد ما يلي ((فحتى سنة ١٩٤٧ مثلاً كانت المادة ٣٢٢ من قانون العقوبات المصري لا تعاقب الا على أخفاء الاشياء المسروقة، وعلى

---

[١] قرار غير منشور لمحكمة استئناف المثنى الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ٥٧/ت ج/٢٠١٩ والمؤرخ في ٢٠١٩/٣/٣١.

هذا لم يكن في وسع القاضي أن يقيس على حالة الاشياء المسروقة حالة الاشياء المتحصلة من النصب أو من خيانة الامانة مثلاً،على ما هنالك من تشابه بين هذه الافعال وبين السرقة، ولهذا اضطر الشارع إلى التدخل بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٧ الذي استبدل بالمادة ٣٢٢ المادة ٤٤ مكرراً ونص فيها على عقاب إخفاء الاشياء المتحصلة من أي جناية أو جنحة))[١].

الخاتمة :

توصلنا في نهاية بحثنا المتواضع إلى النتائج والتوصيات الآتية:

اولاً: النتائج

١- عدم وضع تعريف للقياس في متن القوانين الجنائية أمر محمود لان ذلك سيقيد مطبق النص.

٢- حظر القياس في التجريم والعقاب, وإباحته في القواعد المانحة (اسباب الاباحة, موانع المسؤولية).

٣- اتجاه قسم من القضاء العراقي إلى استعمال القياس في تكييف بعض الجرائم بإستخدام القياس بدلا من تدخل المشرع وكان الأولى من تدخله وإصدار تشريع جديد او إضافة نص او تعديله.

ثانياً: المقترحات

١- يمكن تعريف القياس بأنه (أعطاء فعل غير منصوص عليه في احدى القوانين الجنائية حكم فعل ورد النص عليه لوجود تشابه بين الفعلين).

٢- ندعو المشرع العراقي إلى التدخل في معالجة الحالات التي تستجد ولا يوجد نص يسمح للقضاء بالقياس واصدار قانون جديد يعالج هذه الحالات او اضافة فقرات جديدة للقوانين التي لم تتضمن معالجة لهذه الحالات التزاماً بقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات مثلما فعل المشرع المصري.

٣- ندعو إلى اعطاء القضاء ولكن بشكل ضيق جداً ومحدود في استعمال القياس دون أن يؤدي ذلك إلى خلق جرائم أو عقوبات وأن يفسر الشك لمصلحة المتهم. بعد أن يجيز المشرع ذلك في نصوصه الجزائية مثلما فعل المشرع العراقي في المادة ٤٣٩ من قانون العقوبات.

---

[١]د. علي راشد، المصدر السابق، ص١٥٠.

المصادر

١. أبن منظور، لسان العرب ، المجلد الخامس، باب التاء، ج٣٨، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر.

٢. د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام،ط٦، بدون مكان نشر،٢٠١٥.

٣. د. اكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية (دراسة مقارنة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦.

٤. د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط٢، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٣.

٥. د. صالح محسوب، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة،شركة التجارة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.

٦. د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، دار النشر جامعة الكويت،الكويت، ١٩٨٣.

٧. د. علي راشد، القانون الجنائي، دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٧٤.

٨. د.رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مركز الدلتا للطباعة، ط٣، مصر،١٩٩٧.

٩. د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٠. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢.

١١. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٢٠ .

١٢. د. مهدي عبد الرؤوف ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، ١٩٨٣.

١٣. أصول التشريع الجنائي للاتحاد السوفيتي، ترجمة هنري رياض وآخرون، الخرطوم، ١٩٦٨.

ثانياً البحوث والمقالات

١- دور العرف والقياس في التكييف القانوني للوقائع الإجرامية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق جامعة تكريت، تكريت ، السنة(٣) المجلد(٢) العدد(٢) الجزء(١)، ٢٠١٨.

ثانياً:القرارات القضائية

١- قرار غير منشور لمحكمة استئناف المثنى الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ٥٧/ت ج/٢٠١٩ والمؤرخ في ٢٠١٩/٣/٣١.

٢- مجموعة أحكام النقض المصرية س(٣٠) رقم ١٨٧ لسنة ١٩٧٩

ثالثاً:القوانين

١. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١)لسنة(١٩٦٩) النافذ والمعدل.
٢. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨ لسنة ١٩٣٧)
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤. القانون المدني النمساوي الصادر عام ١٨١١.
٥. القانون المدني الايطالي الصادر عام ١٩٤٢.
٦. سقانون العقوبات الدنماركي الصادر سنة ١٩٣٠

Sources

1. Ibn Manzoor, Lisan Al-Arab, Volume V, Chapter Al-Taa, Part 38, Dar Al-Maarif, Cairo, without a year of publication.
2. d. Ahmed Fathi Sorour, Mediator in the Penal Code, General Section, 6th Edition, without a place of publication, 2015.
3. d. Akram Nashat Ibrahim, Criminal Policy (a comparative study), Dar Al Thaqafa for Publishing and Distribution, Baghdad, 2006.
4. d. Al-Saeed Mustafa Al-Saeed, General Provisions in the Penal Code, 2nd Edition, Al-Nahda Al-Masrya Bookshop, Cairo, 1953.
5. d. Salih Mahsoub, Interpretation and Measurement in Modern Penal Legislation, The Limited Trade Company, Baghdad, 1953.
6. d. Abdel Wahhab Houmed, In-depth Studies in Comparative Criminal Jurisprudence, Kuwait University Publishing House, Kuwait, 1983.
7. d. Ali Rashid, Criminal Law, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1974.
8. Dr. Ramses Behnam, The General Theory of Criminal Law, Delta Printing Center, 3rd Edition, Egypt, 1997.

9. d. Fakhri Al-Hadithi, Explanation of the Penal Code, General Section, Al-Atak Book Industry Company, Cairo, without a year of publication.
10. d. Muhammad Sharif Ahmed, Theory of Interpretation of Civil Texts, Press of the Ministry of Awqaf and Religious Affairs, Baghdad, 1982.
11. d. Mahmoud Naguib Hosni, Explanation of the Penal Code (General Section), 9th Edition, University Press, Alexandria, 2020.
12. d. Mahdi Abdel Raouf, Explanation of the General Rules of the Penal Code, 1983.
13. The origins of the criminal legislation of the Soviet Union, translated by Henry Riyad and others, Khartoum, 1968.

Second, research and articles

1- The role of custom and analogy in the legal conditioning of criminal facts, a research published in the Tikrit University Journal of Law, issued by the Faculty of Law, Tikrit University, Tikrit, Year (3) Volume (2) Issue (2) Part (1), 2018.

Second: Judicial decisions

1- An unpublished decision of the Federal Court of Appeal of Al-Muthanna in its cassation capacity, No. 57 / TJ / 2019 dated 31/3/2019.
2- Egyptian Cassation Provisions Collection S (30) No. 187 of 1979

Third: Laws

1. Iraqi Penal Code No. (111) of (1969) in force and amended.
2. The Egyptian Penal Code No. (58 of 1937)
3. Iraqi Civil Law No. (40) of 1951.
4. The Austrian Civil Code of 1811.
5. The Italian Civil Code of 1942.
6. The Danish Penal Code of 1930